

UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR – *CAMPUS* CACOAL
DEPARTAMENTO DO CURSO DE DIREITO

**LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA SOB A ÓTICA
DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE**

Alcione Messias Dias

Cacoal/ RO
2008

ALCIONE MESSIAS DIAS

**LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA SOB A ÓTICA
DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal de
Rondônia – *campus* Cacoal como
requisito parcial para obtenção do título
grau de bacharel em Direito, sob a
orientação do Prof. Ms. Gilson Tetsuo
Miyakava.

DIAS, A. M.

Limites da Discricionariedade Administrativa Sob a Ótica do Princípio da Razoabilidade / Alcione Messias Dias - -2008

Vii, 62 f, enc.; 30cm.

Monografia – Fundação Universidade Federal de Rondônia – Campus Cacoal, 2008.

Bibliografia: f. 60-61

PARECER DE ADMISSIBILIDADE DO PROFESSOR (A) ORIENTADOR (A)

O acadêmico Alcione Messias Dias desenvolveu o trabalho **LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE**, obedecendo aos critérios do Projeto de Monografia apresentado ao Departamento de Direito na Fundação Universidade Federal de Rondônia-UNIR, *campus* de Cacoal/RO.

O acompanhamento foi efetivo, tendo o desenvolvimento do trabalho observado os prazos fixados pelo Departamento de Direito.

Assim sendo, o acadêmico está apto para a apresentação expositiva da Monografia, junto a Banca Examinadora.

Cacoal/RO, 14 de março de 2008.

Prof. Ms. Gilson Tetsuo Miyakava.
Orientador

ALCIONE MESSIAS DIAS

**LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA SOB A ÓTICA DO
PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE**

AVALIADORES

Prof. Ms. Gilson Tetsuo Miyakava - UNIR

NOTA

Prof. Esp. Antonio Paulo dos Santos - UNIR

NOTA

Prof. Esp. Telmo de Moura Passareli - UNIR

NOTA

MÉDIA

Dedico à minha família, que sempre me apoiou em todos os momentos de minha vida e a minha noiva, pessoa mais que especial com quem posso sempre contar.

Agradeço a Deus, razão de nossa existência e a todos os professores, que com brilhantismo fizeram parte desta caminhada tão importante para minha vida.

RESUMO

DIAS, Alcione Messias, Limites da Discricionariedade Administrativa sob a Ótica do Princípio da Razoabilidade, 61 folhas, Trabalho de Conclusão de Curso. Fundação Universidade Federal de Rondônia - *Campus Cacoal*. 2008.

O trabalho tem como objetivo apresentar os limites da discricionariedade administrativa sob a ótica do princípio da razoabilidade. A Administração Pública em determinados casos é autorizada a se manifestar de forma discricionária, essa forma de agir é vista como uma ferramenta jurídica, que auxilia o administrador a alcançar os interesses sociais. A liberdade de agir conferida pelo ordenamento jurídico não é ilimitada, além da obrigação de observância dos quesitos oportunidade e conveniência no momento de agir, tanto no ato discricionário como no vinculado os elementos devem estar sempre presentes. Os princípios gerais além suprirem a problemática do legislador em disciplinar todas as possíveis situações da vida prática, também difundem em uma sociedade os valores e as escolhas entendidas como relevantes num determinado tempo e espaço, auxiliam a sociedade a ter um conhecimento mais apurado do que é razoável. O princípio da razoabilidade pode limitar tanto a elaboração de leis como a execução de atos, na limitação deste o princípio da razoabilidade é identificado com o princípio da proporcionalidade dos meios aos fins, quando se refere à lei identifica-se com o princípio do devido processo legal. A razoabilidade é a ferramenta que o Poder Judiciário vem utilizando para anular atos irrazoáveis, caracterizados pela desproporção entre meios e fins ou pela falta de correlação do meio com o fim. Limita a atuação do administrador que se utiliza da discricionariedade para agir de forma arbitrária

Palavras-chave: Razoabilidade. Limite. Administração Pública. Discricionariedade. Poder Judiciário.

ABSTRACT

DIAS, Alcione Messias, Limites da Discricionariedade Administrativa sob a Ótica do Princípio da Razoabilidade, 61 folhas, Trabalho de Conclusão de Curso. Fundação Universidade Federal de Rondônia - *Campus Cacoal*. 2008.

The paper aims to show the limits of administrative discretion from the perspective of the principle of reasonableness. The authorities in some cases it is allowed to express itself on a discretionary, this form of action is seen as a legal tool, which helps the administrator to achieve social interests. The freedom to act conferred by the legal system is not unlimited, and the obligation of respecting the questions opportunity and convenience at the moment to act, both on the discretionary act as bound the elements must always be present. The general principles than meet the problem of the legislature at all possible disciplinary life situations practice, also spread in a society and the values and choices construed as relevant in a particular time and space, help the company to have a more accurate knowledge of what is reasonable. The principle of reasonableness may limit both the drafting of laws and the execution of acts, the limitation of the principle of reasonableness is identified with the principle of proportionality of means to ends, when referring to the law identifies with the principle of due process legal. The reason is the tool that the Judiciary has used to cancel unreasonable acts, characterized by disproportion between means and ends or the lack of correlation of the means with the end. Limit the role of administrator who uses the discretion to act in an arbitrary manner.

Key-words: Reasonableness. Limit. Administrative Public. Discretion. Judiciary.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. DISCRICIONARIEDADE	12
2.1 CONCEITO E JUSTIFICAÇÃO	12
2.2 ATOS DISCRICIONÁRIOS E ATOS VINCULADOS	15
2.3 MÉRITO	17
2.4 DISCRICIONARIEDADE NAS TRÊS FUNÇÕES DO ESTADO	18
2.5 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	20
3. DISCRICIONARIEDADE NOS ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO	23
3.1 COMPETÊNCIA	25
3.2 FORMA	26
3.3 FINALIDADE	28
3.4 MOTIVO	29
3.5 OBJETO	30
4. PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO	32
4.1 LEGALIDADE	34
4.2 MORALIDADE	36
4.3 IMPESSOALIDADE	38
4.4 INTERESSE PÚBLICO	40

4.5 PUBLICIDADE.....	42
5. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE COMO LIMITE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	43
5.1 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	43
5.1.1 Direito Francês	43
5.1.2 Direito Norte-Americano	45
5.2. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.....	47
5.2.1 Requisitos.....	51
5.3 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE COMO LIMITE À DISCRICIONARIEDADE A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	52
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
7. REFERÊNCIAS.....	60

1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública, no exercício de sua função, como sujeito de direitos está localizada em posição de superioridade frente aos administrados, porém esse nível não afasta de sua atividade a subordinação à lei e ao controle judiciário.

A problemática apresentada neste trabalho gira em torno das constantes manifestações arbitrárias por parte da Administração Pública onde no exercício de sua função, aproveitando-se da liberdade conferida pelo ordenamento jurídico em casos discricionários, age de forma irrazoável, na medida em que utiliza meios desproporcionais ao fim que pretende alcançar, ou até meios sem qualquer correlação com a finalidade almejada.

O problema se agrava quando o ato adotado pelo administrador, embora esteja aparentemente de acordo com a lei e nos limites da discricionariedade, vai inteiramente de encontro com o senso comum do que é justo, certo, adequado e condizente com o

interesse público. Isso acontece em especial, quando a lei usa os chamados conceitos jurídicos indeterminados, como interesse público, boa-fé, segurança, perigo público iminente, moralidade, notório saber jurídico entre tantos outros que estabelecem um sentido vago e impreciso.

O estudo do limite da discricionariedade administrativa sob a ótica do princípio da razoabilidade é de grande importância para que direitos da sociedade não sejam violados de forma arbitrária. A importância aumenta a partir do momento que este princípio vem sendo largamente utilizado no controle da discricionariedade administrativa pelo Poder Judiciário. Apenas compreendendo esse verdadeiro mecanismo criado pelo legislador constituinte de 1988 é que se torna possível investigar até que ponto o nosso Estado respeita e se preocupa com a efetivação dos direitos dos administrados.

Este trabalho tem como objetivo geral estudar a discricionariedade delimitando as justificativas de sua existência, expor meios para identificar quanto a sua presença no ato administrativo e identificar a importância dos princípios gerais relacionados com o objetivo específico deste trabalho, que será o de encontrar o equilíbrio entre as prerrogativas da Administração e os direitos individuais, garantido pelo princípio da razoabilidade, instrumento jurídico que limita a função administrativa.

Os métodos adotados para a elaboração deste trabalho serão o indutivo e o bibliográfico, uma vez que serão analisadas como referências para a conclusão do estudo doutrinas de diversos autores, a Constituição Federal, a legislação nacional e internacional e a jurisprudência de nossos tribunais.

2. DISCRICIONARIEDADE

2.1 CONCEITO E JUSTIFICAÇÃO

A discricionariedade tem como base à liberdade conferida pelo ordenamento jurídico ao administrador para escolher a cada caso concreto apenas um entre os comportamentos previstos pela lei, escolha esta que deverá ser feita segundo critérios de oportunidade e conveniência, ou seja, de mérito, de forma que tal escolha seja sempre a que melhor atenda ao interesse público específico.

Nas palavras de MELLO¹:

É a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

Em um Estado de Direito todos os poderes que a Administração Pública exerce são limitados pela lei, agindo o princípio da legalidade como garantia de equilíbrio entre os poderes da Administração e os direitos dos Administrados.

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 48.

Diante da impossibilidade do regramento jurídico prever e atingir todos os aspectos que envolvem a atuação administrativa, a lei deixa certa margem de liberdade diante destas situações específicas, dessa forma nasce à discricionariedade.

Na visão de DI PIETRO² a discricionariedade administrativa é:

A faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito.

Os administrativistas ALEXANDRINO e PAULO³ conceituam poder discricionário como:

Aquele conferido à Administração para a prática de atos dessa natureza, ou seja, é aquele em que a Administração dispõe de uma razoável liberdade de atuação, podendo valorar a oportunidade e conveniência da prática do ato discricionário, estabelecendo o motivo e escolhendo, dentro dos limites legais, seu conteúdo.

Nas palavras de MEIRELLES⁴ a discricionariedade administrativa: “encontra plena justificativa na impossibilidade de o legislador catalogar na lei todos os atos que a prática administrativa exige”.

O Ilustre doutrinador apesar de apresentar uma justificação condizente não cita a possibilidade da justificativa de ser analisada segundo critérios práticos e critérios jurídicos.

Evitar o automatismo, permitir o poder de iniciativa da Administração e a impossibilidade de o legislador catalogar na lei todos os atos que a prática administrativa exige são justificativas feitas sob critérios práticos, estes permitem que o

² DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 67.

³ ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 13. ed. Niterói – RJ: Impetus, 2007. p. 141.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. (atual. Eurico Azevedo et al.) São Paulo, Malheiros, 2003. p. 115.

administrador ao manifestar-se busque a supremacia do interesse público, interesse esse que a cada dia se encontra mais dinâmico resultando em uma necessidade de maior flexibilidade.

Com a impossibilidade jurídica de o legislador prever todas as situações possíveis e pelo fato de não poder estabelecer normas imutáveis e perenes, devido que essas logo se revelariam inadequadas para atender as mudanças da vida social. Fiorini *apud* DI PIETRO⁵ faz a seguinte afirmação “a discricionariedade é, então, a ferramenta jurídica que a ciência do direito entrega ao administrador para que a gestão dos interesses sociais se realize respondendo às necessidades de cada momento”.

Do ponto de vista jurídico a discricionariedade é justificada com a teoria da formação do direito por degraus, elaborada por Kelsen *apud* DI PIETRO⁶ que tem o seguinte pensamento:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas de igual hierarquia, situadas umas ao lado das outras, mas uma ordem graduada de diferentes espécies de normas. Sua unidade é restaurada pela conexão que resulta de que a produção e, portanto, a validade de uma remonta a outra, cuja validade está, por sua vez, determinada por outra; retorno este que se desemboca, por último, na norma fundamental, na regra hipotética fundamental, e, portanto no supremo fundamento de validade, naquele que cria a unidade desta série de atos criadores.

Dessa forma, a discricionariedade, do ponto de vista jurídico, se torna uma ferramenta fundamental se não dizer única com capacidade de se fazer possível que a cada norma seja acrescentada de um elemento novo não previsto anteriormente. Em nosso estado brasileiro, a partir da Constituição Federal, outras normas são editadas, como leis e regulamentos para que se alcance os fins da própria norma superior, que sem uma implementação não teria condições de produzir os efeitos almejados.

⁵ DI PIETRO. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 68.

⁶ Idem p. 70

Com as afirmações feitas até o presente conclui-se que o fundamento da discricionariedade situa-se na norma posta, o administrador tem liberdade de escolha baseada na lei, efetivando assim o princípio da legalidade.

DI PIETRO⁷ afirma embora seja difícil, senão impossível definir todas as hipóteses, a discricionariedade pode ser encontrada nos seguintes casos: “a lei expressamente confere a administração; a lei é insuficiente; a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; a lei usa certos conceitos indeterminados”.

2.2. ATOS DISCRICIONÁRIOS E ATOS VINCULADOS

No exercício das funções estatais, a Administração Pública goza de diversos poderes e prerrogativas que garantem a busca do interesse público em um patamar de supremacia em face dos interesses privados e são por meio dos atos administrativos que esses poderes se materializam, vinculado ou discricionário sempre estarão limitados pela previsão legal.

Na lição de MEIRELLES⁸ este nos traz o seguinte conceito de ato administrativo:

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Não aprofundando o mérito dos elementos constitutivos dos atos, abordaremos sob a divisão que todo doutrinador basicamente traz em sua obra, ato vinculado e ato discricionário, neste como já comentado a Administração utiliza a liberdade conferida pelo ordenamento jurídico para escolher segundo critérios de oportunidade e

⁷ DI PIETRO. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 75.

⁸ MEIRELLES. **Direito Administrativo Brasileiro**. p. 145.

conveniência uma dentre as possíveis alternativas disponíveis em cada caso concreto, que melhor se enquadre no dever de atender o interesse público.

O ato discricionário nunca deve resultar da negligência legislativa, a discricionariedade deve ser sempre conferida pelo ordenamento jurídico, da mesma forma não pode e nem deve ser utilizada como forma de suprir as deficiências do legislador.

De outra forma o ato vinculado também chamado de regrado apresenta-se quando a lei determina que o administrador público haja conforme as previsões legais, em outras palavras; a lei subordina a manifestação administrativa atrelando esta ao próprio ordenamento, não autorizando que o administrador exerça sua função conforme sua própria vontade, mesmo que essa vontade vise o interesse público, dessa maneira não existe a possibilidade de nenhuma margem de liberdade de escolha ao administrador, este simplesmente deve se comportar conforme o que a lei define.

Assim, o ato vinculado apresenta-se intimamente ligado e subordinado ao comando do ordenamento jurídico, ou seja, desde a vigência da norma, a situação apresentada pelo legislador e o conteúdo da mesma, definem o exato comportamento que a Administração Pública deve apresentar; jamais admitindo conduta diversa da expressa pela norma vinculante que se ocorrer resulta em arbitrariedade.

Quanto à vinculação a Ilustre doutrinadora DI PIETRO⁹ chega à conclusão que:

A função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva.

MELLO¹⁰ aduz a respeito da seguinte forma:

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2005. pg 205.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 227.

Atos vinculados são aqueles que a Administração pratica sob a égide de disposição legal que predetermina antecipadamente e de modo completo o comportamento único a ser obrigatoriamente adotado perante situação descrita em termos de objetividade absoluta. Destarte, o administrador não dispõe de margem de liberdade alguma para interferir com qualquer espécie de subjetivismo quanto da prática do ato.

Dessa maneira pode-se chegar a afirmação que em ambas as formas de manifestação, seja por meio de atos administrativos vinculados ou daqueles praticados com a liberdade que a discricionariedade oferece, apresentam a mesma razão de existência, primeiramente ambos são efetivados por lei e logo somente esta pode determinar a forma que o administrador deve agir na busca do interesse público, mesmo no ato discricionário este não pode fugir as alternativas postas pela norma, que em certas ocasiões se manifesta utilizando conceitos jurídicos indeterminados, ao contrário deve escolher a que melhor atenda o objetivo de sua existência, ou seja, o interesse público.

2.3. MÉRITO

Diferente do mérito do Direito Processual o mérito no ato administrativo é formado pela binômia oportunidade e conveniência no momento de classificar os aspectos discricionários do ato, nem todos os doutrinadores brasileiros explanam sobre o mérito e os que fazem tiveram a influência da doutrina italiana.

No ato vinculado não há o que indagar referente a mérito, somente é analisado o aspecto legal diferentemente do ato discricionário que apresenta uma análise conjunta entre o mérito e a legalidade neste verifica-se a conformidade do ato com a lei sendo que naquele se faz juízo acerca à oportunidade e conveniência contraposto ao interesse público.

Em sua clássica obra MEIRELLES¹¹ diz que:

¹¹ MEIRELLES. **Direito Administrativo Brasileiro**. p.150

O mérito administrativo consubstancia-se na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar.

Oportunidade e Conveniência são juízos subjetivos do agente competente acerca de cada fato que resulta na escolha de uma ou outra maneira de agir, sempre que o ato praticado é de interesse, convém ou satisfaz ao interesse público este será conveniente e quando é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público será oportuno, sendo assim o mérito referente a determinado ato não será arbitrário se a oportunidade e conveniência estiverem presentes, se um estiver em desconcontro ao interesse público haverá desvio de mérito restando na arbitrariedade do ato.

2.4. DISCRICIONARIEDADE NAS TRÊS FUNÇÕES DO ESTADO

Baseando-se na teoria da formação do direito por degraus elaborada por Kelsen, podemos afirmar sem receio que a discricionariedade está presente nas três funções do Estado, haja vista que em todas existe a elaboração de atos que introduzem um elemento novo em relação ao ato superior.

Segundo DI PIETRO¹² alguns doutrinadores afirmam que a teoria de Kelsen não apresenta total perfeição, primeiramente ela identifica discricionariedade e interpretação, que são atitudes claramente diversas, nesta última é retirado da própria norma o verdadeiro e único sentido válido excluindo a possibilidade de mais de uma solução correta, diferente ocorre na discricionariedade onde existe a liberdade de escolha entre várias opções todas válidas que decorrem da norma.

Também afirmam que com essa teoria torna-se difícil distinguir atividade discricionária e atividade vinculada, nesta a Administração apenas se limita ao que a norma impõe, atendendo aos requisitos impostos sem a liberdade de escolha; na teoria

¹² DI PIETRO. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p.71-2.

todos os atos resultam um acréscimo em relação à norma de grau superior confundindo assim a atividade discricionária com a vinculada.

A discricionariedade se faz presente nas três funções estatais, na produção de lei e de ato administrativo claro é a possibilidade da existência, dúvida surge na esfera jurisdicional que a presença da discricionariedade deve ser aceita com cautela por ocorrer apenas quando o judiciário não atua na sua função propriamente dita.

Encontra-se maior margem de liberdade na função legislativa, sendo a legislação ato de produção jurídica primária seu único limite é a Constituição, STASSINAPOULOS *apud* DI PIETRO¹³ diz “a liberdade do legislador abrange o domínio inteiro das relações jurídicas para as quais nada foi previsto na Constituição...”. Diferente ocorre na esfera administrativa que em todas suas atuações devem estar a serviço da lei tendo como objetivo encontrar o melhor caminho para alcançar as pretensões do legislador que estabelece normas de direito, avaliando tendências e a relações sociais.

De acordo com STASSINAPOULOS *apud* DI PIETRO¹⁴:

Não há discricionariedade na função jurisdicional; nesta existe apenas trabalhos de interpretação, ou seja, de busca da única solução possível perante o direito. Para ele muitas soluções possíveis ou uma livre escolha entre elas são dois elementos incompatíveis com a noção rígida de coisa julgada.

Mesmo com a presença de conceitos indeterminados, a atuação do juiz deve ser a de encontrar uma única solução, referente à discricionariedade na função jurisdicional GRAU *apud* DI PIETRO¹⁵ se coloca da seguinte forma:

A segunda razão que me impele a repudiar o entendimento de que o juiz atua no campo de certa discricionariedade judicial repousa sobre a circunstância de

¹³ DI PIETRO. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 73.

¹⁴ Idem. p. 73.

¹⁵ Idem. p. 74.

à autoridade judicial não estar atribuída à formulação de juízos de oportunidade, porém, exclusivamente, de juízos de legalidade.

Conforme já comentado, na esfera administrativa suas manifestações não podem ir de encontro com as pretensões do legislador, ao contrário as atuações do administrador devem estar a serviço da lei, da função legislativa resulta em atos de produções primárias que são alcançadas e efetivadas com atos de produção jurídica complementares; emanados por parte da função administrativa.

2.5. CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Os conceitos jurídicos indeterminados se caracterizam por apresentarem linguagem vaga, incerta e ambígua tais como, notória especialização, bem comum, boa-fé, ordem pública, bom costume, moralidade pública entre tantos outros que não estabelecem um sentido preciso e objetivo.

A estrutura de tais conceitos compreende uma zona de certeza positiva, dentro da qual ninguém duvidaria do efetivo cabimento da aplicação do conceito e uma zona de certeza negativa onde ninguém duvidaria da impossibilidade de aplicação do conceito. Entre essas zonas resulta um espaço de dúvidas referente à efetivação do conceito, espaço conhecido por halo conceitual ou zona de incerteza.

Os conceitos jurídicos indeterminados estão presentes nos vários ramos do Direito, sendo no campo do Direito Administrativo que ele apresente um destaque maior em virtude da estreita relação com o tema da discricionariedade.

Outra característica apresentada é a possibilidade de variação no tempo e no espaço, essa flexibilidade produzida pelos conceitos jurídicos indeterminados torna-se mecanismos para o administrador agir conforme as freqüentes mudanças ocorridas na sociedade.

Essa estreita ligação com o direito administrativo e a possibilidade de variação são bem justificadas por SOUSA *apud* DI PIETRO¹⁶ que explana da seguinte forma:

Este fenômeno deve-se à natureza das funções da Administração, sobretudo devido ao fato de a Administração se orientar à satisfação de necessidades sociais. É que os conceitos indeterminados se apresentam ao Legislador como um instrumento privilegiado para a atribuição de certo tipo de competência às autoridades administrativas para que possam reagir a tempo e de modo adequado aos imponderáveis da vida administrativas.

Essa expressão embora recente no Brasil; já ficou consagrada na doutrina de vários países como Alemanha, Itália, Portugal e Espanha.

No direito brasileiro a doutrina majoritária afirma este conceito como mais uma forma de existência da discricionariedade, diferente da doutrina moderna alemã que sustenta a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados com uma questão totalmente distinta da discricionariedade.

Fazendo parte da doutrina majoritária nacional, MELO¹⁷ afirma que “não é aceitável a tese de que o tema dos conceitos legais fluidos é estranho ao tema da discricionariedade”.

Este Doutrinador¹⁸ ressalta que:

É excessivo considerar que as expressões legais que os designam, ao serem confrontadas com o caso concreto, ganham, em todo e qualquer caso, densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro as dúvidas sobre a aplicação ou não do conceito por elas recoberto.

Ainda em sua obra o citado Autor¹⁹, afirma que há diversas situações em que mais de uma interpretação é razoavelmente admissível. Conclui, portanto, que:

¹⁶ DI PIETRO. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 97.

¹⁷ MELO. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. p.23

¹⁸ Idem. p. 22.

¹⁹ Idem. p. 22-1.

A noção de discricionariedade não se resume apenas ao campo das opções administrativas efetuadas com base em critérios de conveniência e oportunidade, pois também envolve o tema da interpretação dos conceitos vagos.

DI PIETRO²⁰ cita em sua obra a posição de autores como Luciano Ferreira Leite e Regina Helena Costa, que se baseiam no princípio da razoabilidade para concluir que em determinados casos, mesmo havendo possibilidade de opção entre duas ou mais alternativas, é possível, no caso concreto chegar a uma única solução válida.

Sendo os conceitos jurídicos indeterminados assunto de grande atualidade para a nossa doutrina pátria e existindo em nossa doutrina duas correntes os adeptos da teoria da univocidade, sustentam que na interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados há uma única solução correta, ou seja, vinculado; e os adeptos da teoria da multivalência, que defendem a existência de uma pluralidade de soluções justas diante de um conceito vago ou ambíguo; pode-se afirmar que diante de cada caso concreto poderá o conceito jurídico indeterminado resultar tanto na vinculação quanto na discricionariedade.

²⁰ DI PIETRO. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p.118.

3. DISCRICIONARIEDADE NOS ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Antes de tratar sobre os elementos, necessário se faz conhecer o conceito de alguns doutrinadores acerca do próprio ato administrativo, GASPARINI²¹ conceitua como sendo:

Toda prescrição unilateral, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo Judiciário.

MEIRELLES²² traz a seguinte afirmação:

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir, e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

MELLO²³ conceitua ato administrativo, em sentido amplo, como:

Declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas,

²¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo; Saraiva, 2004. p.59.

²² MEIRELLES. **Direito Administrativo Brasileiro**. p. 145

²³ MELLO. **Curso de Direito Administrativo**. p 358.

manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

SANTOS²⁴ nos traz:

Ato administrativo é toda declaração unilateral de vontade do Estado, no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei, expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos ao controle pelo Poder Judiciário, ficando assim excluídos os atos abstratos e os convencionais.

Conhecendo o conceito de ato administrativo, partimos para o estudo de seus elementos, em relação à nomenclatura observa-se a existência de divergência doutrinária, alguns doutrinadores, como Celso Antônio Bandeira de Mello, preferem usar a expressão pressupostos, outra parcela de doutrinadores adotam a expressão elementos, caso da Maria Sylvia Zanella Di Pietro e uma terceira fala sobre requisitos estando incluso nesta Hely Lopes Meirelles. Quanto a essas terminologias adotadas nenhuma apresenta qualquer incorreção, trata-se de uma questão de estilo.

Quanto aos elementos propriamente ditos; a divergência é pouca, a doutrina majoritária enumera cinco, que são: competência, forma, finalidade, motivo e objeto. Essa enumeração encontra fundamento no art. 2º, da lei nº. 4717/1965 que Regula a ação popular e traz a seguinte redação:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

²⁴ SANTOS. Fernanda Marinela de Souza. **Direito Administrativo**. 2 ed. Salvador: JusPovivm, 2006. p.179.

A de discricionariedade em um ato administrativo pode ser verificada com a análise de seus próprios elementos. Estes além de permitirem essa verificação são considerados como requisitos essenciais à própria existência do ato.

3.1. COMPETÊNCIA

Condição primeira de validade do ato, este elemento também é denominado por alguns doutrinadores por sujeito. Os atos administrativos não podem ser praticados por qualquer pessoa, o sujeito deve ser agente público, e ter competência para desempenhar determinada função, essa competência resulta de lei e por ela é definida. Logo competência é o poder legal conferido ao agente público para desempenho específico das atribuições de seu cargo.

Nesse elemento não há o que se falar de discricionariedade a competência será sempre vinculada só o sujeito competente pode exercer as atribuições que a lei lhe confere, TÁCITO *apud* MEIRELLES²⁵ faz a seguinte advertência: “não é competente quem quer, mas quem pode”.

MELLO *apud* ALEXANDRINO e PAULO²⁶ define competência da seguinte forma: “círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos”.

A competência apresenta algumas características, uma delas é que o sujeito competente nunca pode renunciá-la, justifica-se esse caráter irrenunciável o fato do agente público exercer sua função em nome e interesse da coletividade, logo o princípio da indisponibilidade do interesse público proíbe essa atitude. SANTOS²⁷ acrescenta outra justificação fundada no seguinte princípio geral de direito: “o administrador de hoje não pode criar obstáculos para o administrador de amanhã”.

²⁵ MEIRELLES. **Direito Administrativo Brasileiro**.. p. 147.

²⁶ ALEXANDRINO & PAULO. **Direito Administrativo**. p. 311.

²⁷ SANTOS. **Direito Administrativo**. p. 185

Embora irrenunciável, a competência pode ser objeto de delegação ou avocação desde que previsto em lei e que não seja conferida a determinado órgão ou agente com exclusividade.

O art. 11, da Lei nº 9784/1999, serve de fundamento para essas características e traz a seguinte redação:

Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.

Intransferível, imodificável, imprescritível e improrrogável são outras importantes características que devem estar presentes no elemento competência e o agente público deve sempre respeitar.

3.2 FORMA

Trata-se do revestimento exterior do ato ou modo como a declaração se exterioriza; com relação a este elemento há certa divergência doutrinária onde parte dos doutrinadores como para Hely Lopes Meirelles a forma é um elemento vinculado. Outros doutrinadores acreditam que ela pode ou não ser discricionária, dependendo do que dispuser a lei.

MELLO *apud* DI PIETRO²⁸ aponta o formalismo como uma das características que destingem o ato administrativo do ato de direito privado neste o autor afirma que:

A forma é livre, salvo quando tiver estipulação em contrário. A regra, portanto, é a da liberdade de forma. Qualquer que seja adotada, é aceitável. A exceção é a exigência de uma dada formalização. Pelo contrário, o ato administrativo tem que se ater a um ritual formalístico. Necessita expressar-se dentro de certos modelos e atender a um plexo de exigências em sua exteriorização.

²⁸ DI PIETRO. **Discricionariade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 82.

O citado Autor²⁹ reconhece que em certas situações pode inexistir uma forma determinada:

Ainda quando inexistir uma previsão específica de forma, ela terá que ser no mínimo, aquela suficiente para a garantia da Administração e dos administrados quanto ao teor do ato, ao comprometimento que acarreta para o Estado e aos elementos de defesa do indivíduo perante eventual ilegitimidade dele.

O formalismo do ato administrativo resulta da necessidade do ato se apresentar de forma expressa e escrita, apenas excepcionalmente admitem-se ordens não escritas, como nos casos de ordens verbais, gestos, apitos, sinais luminosos, cartazes e placas.

Assim traz a redação do art. 22 e seu § 1º da Lei nº. 9784/1999:

Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.

A importância de se documentar todos os atos faz-se necessário e obriga que estes tomem a forma escrita, essa materialização resulta em garantia tanto para os administrados como para a Administração Pública, permitindo dessa maneira a possibilidade de controle em todas as esferas que o nosso ordenamento jurídico prevê (administrativo, legislativo e judicial).

ALEXANDRINO e PAULO³⁰ fazem parte dos doutrinadores que afirmam a possibilidade de existência da discricionariedade no elemento forma, eles fundamentam-se no *caput* do art. 22 da Lei nº 9784/1999 e trazem o seguinte pensamento: “quando a lei não exigir forma determinada para os atos administrativos,

²⁹ DI PIETRO. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 82.

³⁰ ALEXANDRINO, & PAULO. **Direito Administrativo**. p. 316.

cabe à Administração adotar aquela que considere mais adequada à obtenção de segurança jurídica, conforme seus critérios de conveniência e oportunidade”.

Fato onde não resulta dúvida acerca da existência de discricionariedade neste elemento ocorre quando, a lei prevê mais de uma forma possível para atingir o mesmo efeito jurídico e libera o agente público a escolher uma dentre as opções.

3.3 FINALIDADE

A finalidade como elemento é reconhecida pela doutrina como um elemento sempre vinculado e idêntico para todo e qualquer ato administrativo, o fim de toda manifestação da administração é tutelar o interesse da coletividade; e não há ato administrativo sem um fim público a sustentá-lo.

Acerca desse princípio MEIRELLES³¹ afirma:

Não se compreende ato administrativo sem fim público. A finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo – discricionário ou regrado – porque o Direito Positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública, ou desviado de sua finalidade específica.

A finalidade como elemento é tratada sob um aspecto diverso do princípio do interesse público, este princípio impõe que toda manifestação da Administração Pública tenha como fim o interesse da coletividade, um fim público. O elemento finalidade impõe que a Administração ao se manifestar utilize adequadamente a categoria do ato definido em lei para determinado propósito.

SANTOS³² aduz:

³¹ MEIRELLES. **Direito Administrativo Brasileiro**. p. 147.

³² SANTOS. **Direito Administrativo**. p. 201.

O ato administrativo, além da finalidade geral que é o interesse coletivo, deve também observar a finalidade específica, prevista pela lei, tendo em vista que, para cada propósito que Administração pretende alcançar, existe um ato definido em lei, porque o ato caracteriza-se por sua tipicidade, atributo pelo qual o administrador deve corresponder às figuras previamente definidas em lei, como aptas a produzirem determinado resultado.

A finalidade vista por esse segundo sentido proíbe que o administrador utilize-se de um ato para realizar determinado propósito ou proteger certo bem que segundo a lei deve ser alcançado com a prática e outro ato. Exemplo típico é a remoção *ex officio* de servidor, como forma de punição.

Alguns doutrinadores como Diógenes Gasparini divide a finalidade como genérica e específica, a primeira refere-se ao interesse público propriamente dito e a segunda a tipicidade do ato, ou seja, a sua categoria.

3.4 MOTIVO

Referente a esse elemento a doutrina não apresenta divergências quanto à possibilidade de haver discricionariedade.

DI PIETRO³³ define o motivo como:

O pressuposto de direito e de fato que serve de fundamento ao ato administrativo. Pressuposto de direito é o fato descrito na norma (hipótese da norma) como fundamento de determinado ato. Pressuposto de fato, como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimento, de situações que levam a Administração a praticar o ato. Para que este seja legal, é necessário que haja uma coincidência entre o motivo de fato e o motivo de direito descrito na lei.

A validade e eficácia do ato administrativo esta atrelada à apresentação de fundamentação em motivos capazes de justificar a sua emanção, a falsidade ou falta desse motivo tornam o ato nulo.

³³ DI PIETRO. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 83.

Os motivos se apresentam vinculados quando a lei descreve, completa e objetiva a situação de fato utilizando noções precisas e vocábulos unissignificativos que, uma vez ocorrido o fato no mundo empírico conforme o descrito na lei; fica a administração obrigada a praticar determinado ato administrativo não restando qualquer apreciação subjetiva. Exemplo dessa vinculação é encontrado no direito à licença paternidade, com duração de cinco dias, que o servidor público tem no nascimento de um filho, presente a situação fática conforme prevê a norma terá a administração que se manifestar conforme impõem à norma: concessão da licença pelo prazo de cinco dias.

De outra forma, a discricionariedade poderá estar presente neste elemento de duas maneiras, uma ocorrerá quando a lei não se manifestar quanto ao motivo, ficando este a inteiro critério da administração, como ocorre na exoneração *ex officio* do funcionário nomeado para cargo de provimento em comissão, cabe a autoridade escolher o motivo haja vista não existir qualquer motivo previsto na lei para a prática do ato.

Outra maneira se dá quando o motivo é definido com conceitos jurídicos indeterminados, como já visto no primeiro capítulo, o legislador utiliza-se de noções vagas, vocábulos plurissignificativos para determinar o motivo, assim a Administração tem possibilidade de apreciar os fatos concretos segundo critérios de valor que lhe são próprios, ocorre quando o legislador utiliza expressões como: notória especialização, bem comum, boa-fé, ordem pública, bom costume, moralidade pública como tantas outras sem definir em que consistem.

3.5 OBJETO

Também chamado de conteúdo, é o resultado prático do ato administrativo que pode ser definido como o efeito jurídico imediato que o ato produz, quando decide, atesta, certifica ou opina.

MEIRELLES³⁴ traz em sua obra que;

“Todo ato administrativo tem por objeto a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público. Nesse sentido, o objeto identifica-se com o conteúdo do ato, através do qual a Administração manifesta seu poder e sua vontade, ou atesta simplesmente situações preexistentes”.

SANTOS³⁵ ensina:

O objeto corresponde ao efeito jurídico imediato do ato, ou seja, o resultado prático causado em uma esfera de direitos. Representa uma consequência para o mundo fático em que vivemos e, em decorrência dele, nasce, extingue-se, transforma-se um determinado direito.

A mesma doutrinadora³⁶ faz a seguinte divisão de objeto:

- a) Objeto natural: é o efeito jurídico que o ato produz, sem necessidade de expressa menção, é uma consequência natural do ato;
- b) Objeto accidental; é o efeito jurídico que o ato produz, em decorrência de cláusulas acessórias apostas ao ato pelo sujeito que o pratica, como, por exemplo, o termo, a condição ou um encargo.

Como ocorre no elemento motivo o objeto pode apresentar-se tanto vinculado como discricionário, neste, a lei não descreve a situação fática, ela transfere ao administrador que sob critérios de conveniência e oportunidade, verifica sua ocorrência. Por exemplo, na autorização para funcionamento de um parque em praça pública.

Na vinculação, a situação já está delimitada pela lei, ao agente público devendo apenas atuar com a configuração do fato. São os elementos motivo e objeto que permitem verificar se o ato é vinculado ou discricionário.

³⁴ MEIRELLES. **Direito Administrativo Brasileiro**. p.150.

³⁵ SANTOS. **Direito Administrativo**. p.199.

³⁶ Idem. p. 200.

4. PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

O reconhecimento do nosso ordenamento jurídico como sistema foi gradativamente alcançado, a promulgação da Constituição Federal de 1988 concretizou esse fenômeno da ciência jurídica onde o conjunto de regras de convivência deve necessariamente estar em harmonia com vários princípios. O fato de as normas constitucionais serem hierárquica e axiologicamente superiores em vista as demais, e que os princípios devem informar e iluminar a interpretação e aplicação da lei se tornou evidente com a feitura da Lei Maior sendo esta uma verdadeira “Carta de Princípios”.

A importância de tais princípios não se restringe apenas ao fato de suprirem a problemática que o legislador tem em disciplinar todas as possíveis situações da vida prática onde alcançam um número indiscriminado de situações importante também é a maneira que estes difundem em uma sociedade os valores e as escolhas entendidas como relevantes num determinado tempo e espaço.

BOBBIO³⁷, em seu clássico literário nos traz o seguinte comentário acerca dos princípios:

Para sustentar que os princípios gerais são normas os argumentos vêm a ser dois, e ambos válidos: Antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também

³⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 9ª edição, Brasília, UNB, 1997, p. 158-9.

eles: se abstraio de espécies animais obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. Que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E porque não deveriam ser normas?

A Administração Pública é regida por vários princípios gerais, estes não exercem apenas a função de orientar o administrador em suas manifestações, também tem a tarefa de garantir uma boa administração afastando assim práticas administrativas desonestas e ímprobas. Tais princípios estão explicita ou implicitamente, esculpidos em nosso ordenamento jurídico, os de maior importância, não só para o regime administrativo como para outros ramos de nosso ordenamento, estão expressos no caput do art. 37 do texto da Constituição Federal de 1988 que tem a seguinte redação:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

A lei federal nº. 9784/1999, que trata dos processos administrativos também nos traz alguns princípios expressos em seu art. 2º que contém a seguinte redação:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Tanto a omissão como a comissão a tais princípios caracteriza improbidade, a lei federal nº. 8429/1992, que trata do enriquecimento ilícito traz em seu art. 11 a seguinte redação:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente...

Apesar da relevância de todos os princípios presentes em nosso ordenamento jurídico, serão abordados apenas os de maior interesse ao nosso tema.

4.1. LEGALIDADE

Princípio que ficou consagrado com a Constituição francesa de 1791, onde o art. 3º desta Carta, conforme traz DI PIETRO³⁸, apresentou a seguinte redação “não há na França autoridade superior á lei. O Rei não reina mais senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência”.

Com a elaboração desse artigo o princípio da legalidade firmou-se tendo como base duas características: uma que o único poder legítimo é o que resulta da vontade geral do povo manifestada pela lei e outra a separação dos poderes que dá primazia ao poder legislativo.

O princípio da legalidade foi a mola mestra que impulsionou a instauração de um Estado Democrático de Direito, e serve de base para todo o ordenamento jurídico, limitando a Administração Pública a manifestar-se de forma razoável sempre da maneira que a lei se expressa mesmo que essa determinação seja de forma implícita.

Na Administração Pública as manifestações ocorrem de maneira diferente das que ocorrem na administração particular nesta o particular está autorizada a fazer tudo que a lei não proíba, essa maior liberdade é conferida pelo inciso II do art. 5º da Constituição Federal que traz a seguinte redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

³⁸ DI PIETRO. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p.22.

Ao contrário dessa liberdade posta ao particular onde pode tudo o que a lei não proíba, o ordenamento jurídico impõe ao administrador público fazer somente o que é permitido. Dessa forma podemos reafirmar que não é apenas o ato vinculado que deve respeito à lei os atos discricionários também se vinculam a lei fazendo somente o que esta permite, logo toda manifestação da Administração Pública é vinculada pela lei.

FAGUNDES *apud* SANTOS³⁹ define legalidade como “Administrar é aplicar a lei, de ofício”.

Não havendo previsão legal para um determinado ato, a Administração Pública fica incapacitada de atuar, pois a vontade Administrativa é a vontade expressa na lei, sendo irrelevantes as opiniões ou convicções pessoais de seus agentes.

ALEXANDRINO e PAULO⁴⁰ trazem a seguinte explicação:

A Administração, além de não poder atuar contra a lei ou além da lei, somente pode agir segundo a lei (a atividade administrativa não pode ser *contra legem* nem *praeter legem*, mas apenas *secundum legem*). Os atos eventualmente praticados em desobediência a tais parâmetros são atos inválidos e podem ter sua invalidade decretada pela própria Administração que o haja editado ou pelo Poder Judiciário.

Com relação a este princípio, uma manifestação da Administração Pública mesmo estando em conformidade com a lei pode estar eivada de ilegalidade, esse fato ocorre quando o administrador público desempenha sua função atendo-se apenas na letra da lei deixando de lado o seu propósito.

MEIRELLES⁴¹ se coloca da seguinte forma:

Cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais.

³⁹ SANTOS. **Direito Administrativo**. p. 35.

⁴⁰ ALEXANDRINO & PAULO. **Direito Administrativo**. p.119.

⁴¹ MEIRELLES. **Direito Administrativo Brasileiro**. p. 87

4.2. MORALIDADE

Em virtude da imprecisão de seu conceito e do fato de muitas das regras morais terem sido absorvidas por regras legais ou por terem assumido a forma de princípios gerais de direito, a moralidade apresentou resistência ao seu reconhecimento como princípio administrativo autônomo em relação ao princípio da legalidade.

Na antiguidade Direito e Moral já eram estudados, nesta época se tinha uma visão de que tais institutos se distinguiam, é do direito romano que resultou os seguintes princípios “*non omno quod licet honestum est*” (nem tudo o que é lícito é honesto) e *cogitationis nemo poenam patitur* (ninguém pode ser punido por aquilo que pensa).

Alguns exemplos podem ser encontrados no direito brasileiro de que nem tudo o que é lícito é honesto é o caso da Constituição Federal permitir que Ministros do Tribunal de Contas sejam nomeados pelo chefe do Poder Executivo cujas contas os nomeados irão apreciar, o fato do Poder Judiciário, amparado pelo princípio da unidade de jurisdição, decidir em causa própria assuntos de interesse geral dos magistrados é outro exemplo que contrária a moral.

Presente se faz em nosso ordenamento jurídico, casos em que a Moral é indiferente para o Direito, fato que dificulta a correta distinção, é o caso dos prazos para certos atos jurídicos e da regra de trânsito que exige que os veículos circulem pela mão direita, essas regras não apresentam qualquer fundamento moral.

Verifica-se que a Moral não está toda absolvida pelo Direito e de que o Direito apresenta uma parte indiferente à Moral. DI PIETRO⁴² apresenta as seguintes diferenças entre a Moral e o Direito:

As normas morais apresentam natureza predominantemente interior, enquanto as de direito são de natureza predominantemente exterior; as morais são cumpridas espontaneamente ao contrario das jurídicas que tem como

⁴² DI PIETRO. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 148-1.

característica a coercibilidade; a Moral é autônoma e o Direito é heterônomo; as regras jurídicas apresentam a característica da bilateralidade atributiva; a finalidade última da moral visa um aperfeiçoamento individual, mas no meio social em que vive o direito impõe normas com o fim de assegurar a ordem e a paz social.

A moral sempre varia no espaço e no tempo, em um mesmo grupo social pode ser reconhecida por diferentes ângulos logo não é única e nem imutável. BALLESTEROS *apud* DI PIETRO⁴³ fala na existência de uma moral social, uma moral individual e de uma religiosa e profana, afirma que a moral social é a que mais interessa ao direito administrativo e a conceitua da seguinte forma:

Consiste nas idéias predominantes na sociedade sobre a qualidade moral do comportamento social humano, assim como no conjunto de exigências morais de comportamento, de costumes, que a sociedade dirige seus membros em cada momento com referência ao bem social. Enquanto tal, a moral social implica a existência de uma comunidade moral de valores vigente na sociedade que se manifesta em expectativas e exigências de comportamento (como *standards*, modelos ou idéias de valor e pautas de conduta) dentro do tráfico de um determinado grupo social.

HAURIOU *apud* DI PIETRO⁴⁴ é apontado como o primeiro autor a tratar a moralidade como princípio de observância obrigatória pela Administração Pública. Ele vinculou a idéia de moralidade administrativa ao desvio de poder ao afirmar que este:

É o fato de uma autoridade administrativa que, embora praticando um ato de sua competência, observando as formas, não cometendo qualquer violação da lei, usa de seu poder para um fim e por motivos outros que não aqueles em vista dos quais esse poder foi conferido, quer dizer, outros que não os que pretende a moral administrativa.

A moralidade administrativa não pode ser confundida com a moralidade comum, que se preocupa em diferenciar o bem e o mal, o princípio da moralidade vai mais além, corresponde à expectativa dos administrados que esperam que a Administração

⁴³ DI PIETRO. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. p.149.

⁴⁴ Idem. p.152.

Pública comporte-se buscando alcançar os fins de interesse coletivo, segundo uma comunidade moral de valores, expressos por meio de modelos ou pautas de conduta.

ALEXANDRINO e PAULO⁴⁵ trazem uma formulação já consagrada, incorporada inclusive ao Código de Ética do Servidor Público Civil Federal, Decreto nº. 1171/1994, “o servidor deve decidir não somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto”.

4.3. IMPESSOALIDADE

Princípio também expresso no texto constitucional, limita à discricionariedade administrativa, impedindo que o administrador ao se manifestar vise interesse próprio ou de terceiros, afastando assim perseguições ou favorecimento, discriminações benéficas ou prejudiciais aos administrados.

FERREIRA *apud* GASPARINE⁴⁶ faz o seguinte comentário acerca do princípio da impessoalidade:

A impessoalidade, isto é, o ato administrativo, não deve ser elaborado tendo como objetivo a pessoa de alguém. Não pode ser dirigida com o intuito de beneficiar esta ou aquela pessoa, esta ou aquela empresa. Caso típico de pessoalidade que deve sofrer sanção do Direito Administrativo foi a concorrência para a construção da ferrovia norte-sul, onde já se sabia com antecedência os ganhadores das ‘concorrências públicas’ de todos os trechos, pois foi usado o critério pessoal ao invés da impessoalidade que ora a constituição obriga.

Alguns doutrinadores apresentam divergências sob a nomenclatura deste princípio o reconhecendo de formas diferentes. MELLO⁴⁷ afirma que o princípio da impessoalidade é o próprio princípio da igualdade ou isonomia e logo tem

⁴⁵ ALEXANDRINO & PAULO. **Direito Administrativo**. p.120.

⁴⁶ GASPARINE. **Direito Administrativo**. p. 9.

⁴⁷ MELLO. **Curso de Direito Administrativo**. p. 102.

desdobramentos explícitos em dispositivos como nos incisos II e XXI, ambos do art 37 da CF que apresentam a seguinte redação:

II – Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

XXI – Ressalvados os casos específicos na legislação, obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

O mesmo Doutrinador⁴⁸ afirma que este princípio:

“traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenotas. Nem favoritismo, nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa”.

MEIRELLES⁴⁹ traz em sua obra a seguinte afirmação acerca do princípio da impessoalidade:

Nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.

Para esse autor o administrador fica proibido de praticar atos administrativos em seu próprio interesse ou no de terceiros devido à manifestação ter como único objetivo à finalidade pública.

Outra função desse princípio é proibir a vinculação de atividades Administrativas à pessoa dos administradores, evitando que estes utilizem a propaganda oficial para sua promoção pessoal, essa proibição pode ser vista no § 1º do art. 37 da CF:

⁴⁸ MELLO. **Curso de Direito Administrativo**. p. 102.

⁴⁹ MEIRELLES. **Direito Administrativo Brasileiro**. p. 90.

§ 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos; deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Dessa forma uma obra realizada, por exemplo, pelo Estado de Rondônia nunca poderá ser anunciada como realização de Beltrano de Tal, Secretario Estadual de Obras, ou Sicrano de Tal, Governador, pela propaganda oficial. Será sempre o “Governo do Estado de Rondônia” o realizador da obra, vedada à vinculação de qualquer característica do governante, inclusive símbolos relacionados a seu nome, às atividades da administração.

Na Lei nº. 9.784/99 este princípio está implicitamente contido no artigo 2º, parágrafo único, inciso III, que exige “objetividade no atendimento do interesse público; vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades”.

4.4. INTERESSE PÚBLICO

Princípio não manifestado expressamente pelo nosso legislador constituinte apresenta-se como um dos alicerces para todo sistema jurídico administrativo, está presente tanto no momento da elaboração da lei como na execução desta, nos casos concretos por parte da Administração Pública, da mesma forma que inspira o legislador vincula a autoridade administrativa em suas manifestações.

MELLO⁵⁰ aduz acerca que:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social.

⁵⁰ MELLO. **Curso de Direito Administrativo**. p. 85.

O mesmo Autor⁵¹ conceitua esse princípio como: “interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerado em sua qualidade de membros da Sociedade e pelos simples fato de o serem”.

Apesar de não estar explícito em nosso texto constitucional esse princípio é decorrência natural das instituições adotadas em nosso País. O regime democrático e o sistema representativo fazem presumir que as manifestações do Estado tenham sempre como finalidade a tutela do interesse público.

Presente de forma expressa no caput do art. 2º da Lei 9784/99 este princípio determina privilégios jurídicos em um patamar de superioridade do interesse público sobre o particular, logo a Administração Pública terá posição privilegiada em face de terceiros, além de prerrogativas e obrigações que não alcançam os particulares.

MEIRELLES⁵² afirma:

Que tal princípio está intimamente ligado ao da finalidade e dele decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, que, por isso, mediante lei poderá autorizar a disponibilidade ou a renúncia.

Os doutrinadores encontram dificuldade em delimitar a noção de interesse público, DALLARI *apud* DI PIETRO⁵³ faz a seguinte afirmação sob a variedade de opiniões a respeito: “Muitos dizem que o interesse público é uma noção vaga, imprecisa e, inclusive, mutável. É uma noção que varia segundo circunstâncias de tempo e lugar”.

Este princípio está intimamente ligado com o da finalidade, essa relação é feita por grande parte dos doutrinadores, temos que ter em mente que ele não está apenas

⁵¹ MELLO. **Curso de Direito Administrativo**. p. 51.

⁵² MEIRELLES. **Direito Administrativo Brasileiro**. p. 100.

⁵³ DI PIETRO. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p.220.

ligado ao fim que a Administração Pública deve alcançar, mas também a efetivação da posição de superioridade que esta tem em relação ao particular que devido a esse princípio pode sofrer sacrifícios e restrições em prol do bem comum.

4.5 PUBLICIDADE

Este princípio decorre da indispensável necessidade de transparência que todos os atos administrativos em um Estado Democrático de Direito devem ter. A única exceção, conforme a Constituição Federal, somente é justificável nos casos em que seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, inciso XXXIII).

O princípio da publicidade, expresso no *caput* do artigo 37 da Constituição, exige ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LX - A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

XXXIII - Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

A publicidade se efetiva pela inserção do ato no Diário Oficial ou por edital afixado no lugar próprio para divulgação de atos públicos, dando assim conhecimento ao público em geral e, conseqüentemente, iniciando a produção de seus efeitos, somente com a publicidade se tem uma administração clara evitando as mazelas existentes em processos sigilosos, garantindo aos administrados a efetivação de recursos administrativos e as ações judiciais próprias.

5. LIMITES DA DISCRICIONARIEADE SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

5.1 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NO DIREITO ESTRANGEIRO

Os doutrinadores estrangeiros não apresentam pensamentos divergentes quanto ao fato histórico que propiciou o surgimento deste princípio. BUECHELE *apud* PUHL⁵⁴ traz esse fato como:

A passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, em que o poder absoluto até então exercido pelo monarca – ilimitado quando aos fins e aos meios empregados – tornou-se objeto de controle por parte de outros órgãos, geralmente o judiciário.

5.1.1 Direito Francês

No direito francês a razoabilidade é identificada com o princípio da proporcionalidade dos meios aos fins, este tem grande aplicação nesse direito sendo um dos aspectos do princípio da razoabilidade.

O controle judicial sobre os elementos de fato do ato administrativo no direito francês é feito em três diferentes graus, o primeiro se dá acerca da

⁵⁴ PUHL, Adilson Jodemar. **Princípio da Proporcionalidade ou da Razoabilidade**. 1. ed. São Paulo: Pillares, 2005. p. 23.

materialidade dos fatos, o segundo é feito sobre a qualificação dos fatos e o terceiro se dá sobre a adequação dos fatos, este último, conhecido como controle máximo, é exercido especialmente nos atos da Administração que tratam de medidas restritivas das liberdades públicas, com base no poder de polícia do Estado.

VEDEL e DELVOLVE *apud* DI PIETRO⁵⁵ trazem:

Tratando-se de liberdades públicas, as medidas de polícia não são legais senão quando, à vista das circunstâncias concretas, principalmente de lugar e de tempo, elas podem ser consideradas como *necessárias, adaptadas e proporcionais* ao resultado que, sob o ponto de vista da ordem pública, a autoridade de polícia deve procurar.

Os mesmos doutrinadores⁵⁶ resumem da seguinte forma as regras aplicáveis:

- 1) Em princípio, quando se aplicam a atividades lícitas e sobretudo a liberdades, as medidas de intervenção absoluta são ilegais, pois a interdição absoluta equivale à supressão de direitos, poder de que não dispõe a autoridade de polícia; além disso, não é necessária, para a maioria dos casos, essa medida radical para atingir um resultado benéfico para a ordem pública;
- 2) As regulamentações devem ser limitadas àquilo que é necessário para obter o resultado de ordem pública e não ir além;
- 3) Quando se trata de liberdades públicas, é necessário admitir que a autoridade de polícia não é autorizada a regulamentar ou a interditar senão quando ela experimentou todos os outros meios.

LAUBADÈRE *apud* DI PIETRO⁵⁷, também realça a regra da proporcionalidade que deve ser observada na imposição das medidas de polícia da seguinte maneira:

A idéia fundamental é que as medidas da polícia administrativa, quando dizem respeito ao exercício de liberdades públicas, só são justificadas quando se tornam necessárias para a manutenção da ordem pública. Devem, pois, ser adaptadas às exigências desta última e o juiz administrativo reconhece a si mesmo o poder de apreciar não apenas se a medida tomada era, deste modo, justificada, mas também se ela não trazia uma restrição excessiva à liberdade em relação ao que a manutenção da ordem exigia.

⁵⁵ DI PIETRO. **Discrecionabilidade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 181.

⁵⁶ Idem. p. 181-1

⁵⁷ Idem..p. 182.

Neste direito estrangeiro, a limitação do ato administrativo pelo princípio da razoabilidade está direcionada em evitar por parte do poder de polícia do Estado, medidas restritivas que sejam desnecessárias, inadequadas e desproporcionais ao fim desejado de cada caso concreto. Medidas restritivas não serão legítimas quando excessivas para o interesse que ela apresenta.

Com relação à competência vinculada, no direito francês à razoabilidade também está presente quanto à escolha do momento do ato, da mesma forma que se nega à existência do ato administrativo em que o poder discricionário seja total, também se nega que a vinculação à lei seja integral.

5.1.2 Direito Norte-Americano

A jurisprudência norte-americana liga o princípio da razoabilidade ao princípio do *due process of law*, este inicialmente utilizado apenas em matéria processual, teve sua evolução nos Estados Unidos, adquiriu um sentido substantivo, vinculado ao princípio da igualdade que resultou em fundamento para o controle judicial dos atos normativos, quando estes se apresentarem irrazoáveis.

PAULO & ALEXANDRINO⁵⁸ comentam que este princípio teve sua origem na Magna Carta inglesa, de 1215, onde o artigo 39 determinava:

Nenhum homem será preso ou detido em prisão ou privado de suas terras ou posto fora da lei ou banido ou de qualquer maneira molestado; e não procederemos contra ele, nem o faremos vir a menos que por julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra.

A aplicação desse princípio se dava apenas no processo penal, posteriormente, passou a ser adotado também para o processo administrativo e civil se tornando um princípio inerente à teoria geral do processo.

⁵⁸ PAULO, Vicente & ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. . 1 ed. Niterói – RJ: Impetus, 2007. p. 164.

No direito norte-americano o princípio do devido processo legal foi amplamente aplicado no controle do poder de polícia, a jurisprudência entendia que os atos desse poder só se apresentavam válidos a partir do momento que respeitassem os direitos individuais.

No final do século XIX os Tribunais americanos passaram a apreciar normas reguladoras, invocando a cláusula do devido processo legal substantivo como forma de limitar a discricionariedade do legislador, este período ficou conhecido como de governo dos juízes, em virtude da ampla intervenção do Poder Judiciário nas funções legislativas.

Com relação ao fato da Administração Pública, nos Estados Unidos, dispor de função de legislar, delegada pelo Poder Legislativo. SCHAWARTZ *apud* DI PIETRO⁵⁹ faz o seguinte comentário:

O poder legislativo pode ser conferido ao ramo executivo, desde que a outorga de autoridade seja limitada por determinados padrões... O arbítrio conferido não pode ser tão amplo que se torne impossível discernir os seus limites. Outrossim, precisa haver intenção legislativa com a qual se deve harmonizar o exercício do poder delegado.

No início essas delegações somente tinham validade se expressadas com limites precisos, porém com o tempo as que estabeleciam padrões gerais tiveram validade reconhecida, um exemplo citado por Di Pietro⁶⁰ é a decisão proferida no caso *Lichter v. United States*, onde a Lei de Renegociação, não foi dada como inconstitucional por apresentar a expressão “lucros Extraordinários”, sem uma definição precisa.

A grande margem de discricionariedade administrativa, reconhecida pela jurisprudência, não resulta em poder ilimitado. O princípio da razoabilidade exige que o regulamento estabeleça normas que se perfilam com as vontades do legislador.

⁵⁹ DI PIETRO. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 187

⁶⁰ *Idem*.p. 187.

No direito norte-americano diferente do francês, o princípio da razoabilidade associado mais ao princípio do devido processo legal e ao da isonomia exerce uma função direcionada a limitar atos normativos, estes não devem estar somente de acordo com a lei que os estabelece, devem ser razoáveis.

5.2 PRINCIPIO DA RAZOABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

O princípio da razoabilidade, apesar de não se encontrar expresso no texto da Constituição Federal, embora tivesse sido incluído no projeto original, dentro do dispositivo de que resultou o artigo 37, é de fundamental importância quando se trata de limites da discricionariedade.

Ao contrário do que ocorre em nossa Carta Maior este princípio pode ser encontrado de forma expressa no artigo 111, da Constituição do Estado de São Paulo e no artigo 2º, da Lei federal nº. 9784/1999 conforme as seguintes redações:

Artigo 111 A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

DI PIETRO⁶¹ nos traz que os doutrinadores nacionais influenciados pela doutrina estrangeira associaram este princípio da seguinte forma:

Alguns autores, mais influenciados pela jurisprudência norte-americana, ligam o princípio da razoabilidade ao do *devido processo legal* e ao da *isonomia*; é o caso de San Tiago Dantas, Ada Pellegrine Grinover, Carlos Roberto de Siqueira Castro, Caio Tácito, Suzana de Toledo Barros. Outros seguem mais a linha do direito francês, espanhol e argentino e identificam a razoabilidade com o princípio da proporcionalidade entre os meios e os fins; é o caso de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Celso Antônio Bandeira de Mello e Lúcia Valle Figueiredo.

⁶¹ DI PIETRO. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 191.

Apesar da doutrina nacional, apresentar uma linha de raciocínio um pouco diversa, o resultado final será o mesmo, porém quando o princípio da razoabilidade é associado ao devido processo legal, este princípio se enquadra mais como limite à discricionariedade na função legislativa, e quando associado à proporcionalidade dos meios aos fins, se enquadra mais como limite à discricionariedade administrativa.

Em virtude deste trabalho, tratar sobre os limites da discricionariedade administrativa sob o aspecto dos atos administrativos propriamente ditos, o estudado será direcionado a corrente de doutrinadores que adotaram e seguiram a linha do direito francês, argentino e espanhol.

MOREIRA NETO *apud* DI PIETRO⁶² doutrinador que se preocupa mais com a razoabilidade como limite ao poder discricionário da Administração Pública traz os seguintes entendimentos:

O que se pretende é considerar se determinada decisão, atribuída ao Poder público, de integrar discricionariamente uma norma, contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos interesses públicos.

A razoabilidade, agindo como um limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à discricção na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente a finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida.

MELLO⁶³ que também faz parte dos doutrinadores nacionais que associam o princípio da razoabilidade como limite à discricionariedade administrativa, e entende que o princípio da razoabilidade significa:

A Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidirem a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência,

⁶² DI PIETRO. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 193.

⁶³ MELLO, **Curso de Direito Administrativo**. p. 97.

sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.

Esse doutrinador⁶⁴ acredita que o motivo da lei conferir poderes discricionários à Administração Pública é querer que o administrador, diante do caso concreto, encontre a melhor solução que atenda o interesse público. O doutrinador aduz:

O fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentada, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicada.

GASPARINI⁶⁵, aduz:

A lei, ao conceder ao agente público o exercício da discricionariedade, não lhe reservou, em absoluto, qualquer poder para agir a seu gosto, ao contrario, impôs-lhe o encargo de agir tomando a melhor providência à satisfação do interesse público a ser conseguido naquele momento. A lei, portanto, não lhe permite, sob pena de ilegalidade, qualquer conduta não desejada pela lei, que somente aceita as coerentes. Em suma: nada que esteja fora do razoável, do sensato, do normal, é permitido ao agente público, mesmo quando atua no exercício de competência discricionária. Esse o *princípio da razoabilidade*.

FIGUEIREDO *apud* DI PIETRO⁶⁶ se refere a este princípio da seguinte maneira:

Discricionariedade é a competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de um *critério de razoabilidade*, e afastado de seus próprios *standards* ou *ideologias*, portanto, dentro do critério de razoabilidade geral, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma.

DI PIETRO⁶⁷ traz que: “A irrazoabilidade, basicamente, corresponde à falta de proporcionalidade, de correlação ou de adequação entre os meios e os fins, diante dos fatos (motivos) ensejadores da decisão administrativa”.

⁶⁴ Idem. p. 97.

⁶⁵ GASPARINE. **Direito Administrativo**. p. 23.

⁶⁶ DI PIETRO. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 193.

⁶⁷ DI PIETRO. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 201.

A razoabilidade também pode ser entendida como um aspecto da própria legalidade, uma vez que a interpretação do Direito, do ponto de vista da Hermenêutica mais desenvolvida, exclui do universo jurídico as opções irrazoáveis, assim como as imorais ou ilegítimas.

Segundo GORDILLO *apud* DI PIETRO⁶⁸:

A decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é 'irrazoável', o que pode ocorrer, principalmente, quando:

- a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou;
- b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios;
- c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar.

O fato do princípio da razoabilidade apresentar um conceito indeterminado, por não estabelecer critérios objetivos, não prejudica a sua atuação como limite à discricionariedade, tanto o legislador como o administrador público, são obrigados a se manifestarem segundo padrões comuns da sociedade, adotando critérios aceitáveis do ponto de vista racional, conforme cada caso em concreto.

GORDILHO *apud* DI PIETRO⁶⁹ realça o aspecto indefinido de certos princípios, como o da razoabilidade, que se erigem como limites à discricionariedade administrativa:

Em nenhum momento pode-se pensar atualmente que uma porção da atividade administrativa possa estar fora ou acima do ordenamento jurídico e é por isso que se enuncia uma série de princípios de direito, que se constituem em limite à discricionariedade administrativa; esses limites à discricionariedade administrativa diferenciam-se das faculdades regradas por constituírem em geral limitações mais ou menos elásticas, vagas, imprecisas, necessitadas de uma investigação de fato, no caso concreto, a fim de determinar sua transgressão, a par de que a violação das faculdades regradas é usualmente mais clara, ao resultar a mera confrontação do ato com a norma legal; assim, a regulação é limite concreto, os princípios que freiam a discricionariedade são limites relativos ou elásticos.

⁶⁸ DI PIETRO. **Direito Administrativo**. p. 80-1.

⁶⁹ DI PIETRO. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 175.

A razoabilidade-proporcionalidade, também chamado como princípio da menor ingerência possível e princípio da proibição de excessos, resulta a imposição de que os meios utilizados para o alcance dos fins visados sejam os menos onerosos para o cidadão. Este princípio impõe equilíbrio entre os meios que a Administração utiliza e os fins que ela tem a alcançar. A decisão do administrador não pode ser mais intensa e extensa do necessário para o caso.

5.2.1 Requisitos

O princípio da razoabilidade apresenta como requisitos a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. ALEXANDRINO e PAULO⁷⁰ afirmam que:

Não basta que o ato administrativo tenha uma finalidade legítima. É necessário que os meios empregados pela Administração sejam adequados à consecução do fim almejado e que sua utilização, especialmente quando se trata de medidas restritivas ou punitivas, seja realmente necessária.

A Lei nº 9784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, traz no inciso VI do parágrafo único do artigo 2º, um exemplo dessa imposição: VI - *adequação* entre meios e fins, vedada à imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente *necessárias* ao atendimento do interesse público.

A adequação impõe ao administrador a se manifestar de forma que o ato por ele praticado seja efetivamente apto a atingir os objetivos pretendidos. Caso seja manifestadamente inadequado para alcançar a finalidade legal, a Administração terá ultrapassado os limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade.

⁷⁰ ALEXANDRINO & PAULO. **Direito Administrativo**. p.125.

O requisito necessidade, também chamado de exigibilidade, impõe que o administrador ao escolher dentre as medidas que se mostrarem adequadas opte pela que seja menos gravosa a sociedade, esse requisito preocupa-se com a exigibilidade ou não da adoção das medidas restritivas. O administrador quando tiver em sua disposição mais de um meio para consecução do mesmo fim deve escolher sempre o menos prejudicial aos administrados.

A proporcionalidade em sentido estrito, resultante dos avanços doutrinários, trata-se de um sistema de valoração de direitos, é aplicada especificamente em casos onde a garantia de um direito restrinja outro, situação que se torna aceitável somente após um estudo teleológico do caso, esse estudo deve reconhecer se um direito juridicamente protegido por determinada norma apresenta conteúdo valorativamente superior ao restringido.

5.3 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE COMO LIMITE À DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública ao se manifestar pode praticar dois tipos de atos: os de efeito concreto, que são atos administrativos propriamente ditos, e os de natureza normativa, como os decretos regulamentares, instruções, resoluções e portarias.

Como já comentado o objetivo desse trabalho é analisar os limites da discricionariedade, sob a ótica da razoabilidade com aspecto de proporcionalidade, dos atos de efeito concreto, ou seja, os atos propriamente ditos, DI PIETRO⁷¹ considera o ato administrativo como: “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.

⁷¹ DI PIETRO. **Direito Administrativo**. p. 189.

O princípio da razoabilidade, sob o aspecto de proporcionalidade entre meios e fins, está contido implicitamente nos incisos VI, VIII, IX e parágrafo único do artigo 2º da lei 9784/99, que traz a seguinte redação:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

VI - *adequação* entre meios e fins, vedada à imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente *necessárias* ao atendimento do interesse público;

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

A jurisprudência brasileira vem se posicionado, especialmente em matéria de sanções disciplinares e de polícia pela proporcionalidade da pena com a infração cometida. Nesse sentido, o STF tem se pronunciado:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO POR ATO DE IMPROBIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PENA MENOS SEVERA. O órgão do Ministério Público, que oficiou na instância de origem como custos *legis* (art. 10 da Lei nº 1.533/51), tem legitimidade para recorrer da decisão proferida em mandado de segurança. Embora o Judiciário não possa substituir-se à Administração na punição do servidor, pode determinar a esta, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal. Este, porém, não é o caso dos autos, em que a autoridade competente, baseada no relatório do processo disciplinar, concluiu pela prática de ato de improbidade e, em consequência, aplicou ao seu autor a pena de demissão, na forma dos artigos 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/90, e 11, inciso VI, da Lei nº 8.429/92. Conclusão diversa demandaria exame e reavaliação de todas as provas integrantes do feito administrativo, procedimento inoportuno na via estreita do *writ*, conforme assentou o acórdão recorrido. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RMS 24901 / DF, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, DJ 26/10/2004).⁷²

⁷² BIBLIOTECA *on line* disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listar/> Jurisprudencia. acessado em 01/03/2008.

Neste caso, mesmo havendo uma correta manifestação por parte da Administração Pública, onde aplicou uma pena proporcional à infração, a Suprema Corte deixou claro, que se contrário fosse, poderia determinar com base no princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal.

É comum no Estado brasileiro, a utilização por parte do fisco de sanções de natureza administrativa como meio coercitivo para obter-se o pagamento de tributos federais, o Tribunal Federal de Recursos⁷³ tem proibido essa atitude pronunciando-se dessa maneira:

EMENTA: DEBITO FISCAL - DECLARAÇÃO DE DEVEDOR REMISSO - SANÇÕES ADMINISTRATIVAS - MANDADO DE SEGURANÇA - DEFERIMENTO. Ofensa ao artigo 153, par-23, da Constituição Federal. Realmente, dispondo a União Federal de meio específico para cobrar seus créditos, devidamente constituídos, isto é, a execução fiscal, não se justifica que use de outro processo, também provido de coercibilidade, com o mesmo objetivo, mas que fere o princípio constitucional, que consagra a liberdade de escolha e do exercício de profissão. Sentença modificada, em parte. Apelação desprovida. (PROC. AMS 80600 / MG, Relator Min. Lauro Leitão, DJ 07/08/1981).

Da mesma forma o Supremo Tribunal Federal⁷⁴ vem impedindo o exercício do poder sancionatório, de forma irrazoável, mesmo que fundado em lei, esta Corte, nesse sentido estabeleceu as súmulas 70, 323 e 547 que trazem a seguinte redação:

Súmula 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Súmula 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Súmula 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

⁷³ BIBLIOTECA *on line* disponível em <http://www.stj.gov.br/SCON/juritfr/toc.jsp>. acessado em 05/03/2008.

⁷⁴ BIBLIOTECA *on line* disponível em <http://www.stf.gov.br/porta1/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. acessado em 05/03/2008

A jurisprudência age de forma correta ao proibir esse tipo de manifestação por parte da Administração, aplicar sanções de natureza administrativa como meio coercitivo para obter-se o pagamento de tributos e ir totalmente ao encontro com o princípio da razoabilidade, haja vista o meio ser inadequado ao fim buscado, neste caso a execução fiscal é o meio adequado para o recebimento de tais tributos.

OLIVEIRA *apud* DI PIETRO⁷⁵ faz o seguinte comentário acerca do posicionamento da jurisprudência:

A dosagem da penalidade a ser imposta atenderá á finalidade objetivada pela lei. Será discricionária dentro dos limites legais, mas vinculada à finalidade a ser alcançada. Em direito os fins não justificam todos os meios. Em síntese, as sanções devem guardar proporção com a finalidade buscada. O excesso de poder deve ser evitado e em casos de exacerbação, o Judiciário reconhecerá a ilegalidade ou inconstitucionalidade da punição.

Os atos administrativos quando se manifestam de maneira inadequada para alcançar a finalidade legal, demonstram que a Administração ultrapassou os limites de discricionariedade, restando ao Poder Judiciário o dever de anular tais atos.

Em certas ocasiões o Poder Judiciário ao limitar a ação da Administração Pública extrapola sua função. Isso ocorre geralmente em casos que a Administração aplica sanções disciplinares excessivas, nessas situações o Judiciário vem determinando a redução da pena, ao invés de simplesmente decretar sua anulação da pena.

DI PIETRO⁷⁶ faz os seguintes comentários acerca do posicionamento da jurisprudência brasileira:

A jurisprudência brasileira tem, embora de forma ainda modesta, incorporado esse princípio, especialmente em matéria de sanções disciplinares e de polícia, às vezes até exorbitando de seu poder, ao reduzir as penalidades aplicadas, em vez de decretar sua nulidade. Evidentemente, erra o Judiciário ao substituir uma penalidade por outra, porque invade área de competência da Administração Pública; mas acerta ao reconhecer os excessos desta última,

⁷⁵ DI PIETRO. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 199.

⁷⁶ DI PIETRO. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 202.

quando ela aplica sanções desproporcionais ou inadequadas em relação às infrações praticadas.

As manifestações da Administração não serão irrazoáveis somente sob o ângulo da desproporção entre os meios e os fins. Os atos que não apresentarem qualquer correlação com a finalidade almejada, também serão nulos por ferirem o princípio da razoabilidade. Essa correlação já foi analisada no caso da exigência de prova de esforço físico para ingresso na carreira de Delegado. DI PIETRO⁷⁷ traz o seguinte acórdão referente a este fato:

Na Remessa ex officio nº 110873-DF, julgada em 19-8-86, o TRF entendeu ser irrazoável a exigência de prova de esforço físico, exigida pela Lei nº 4878/65, para o exercício da função de delegado: Administrativo - concurso público – delegado de polícia federal – prova de esforço físico – teste de *cooper* – 1) Candidato que comprovou gozar de boa saúde física e psíquica, nos termos do art. 9º, inciso V, da Lei nº 4.878, de 1965. A prova de esforço físico deve ser aferida nos termos legais e de forma razoável, pois Delegado manda e os agentes, em regra, é que executam as ordens; trabalha, usualmente, em gabinete e dificilmente, mesmo em diligência, teria ele próprio de sair correndo atrás de delinquentes. Procedentes do TFR. 2) Remessa de ofício denegada". (Diário de Justiça de 26-2-87, p.2783).

A irrazoabilidade não pode ser confundida com o desvio de poder, em um ato irrazoável a finalidade é respeitada, ao contrário do que ocorre com o meio, que é inadequado para atingir o fim. No desvio de poder o ato praticado pelo agente competente é contrário ao interesse público ou com finalidade diversa daquela prevista em lei. O vício se encontra na finalidade.

Casos de difícil posicionamento ocorrem quando a lei utiliza-se de conceitos jurídicos indeterminados, ficando a Administração dependente de dados de valor para tomar sua decisão. Quanto a esses casos MELLO *apud* DI PIETRO⁷⁸ admite que:

O Poder Judiciário possa tentar reconduzir os casos concretos a uma zona de certeza (positiva ou negativa), mas reconhece que "casos haverá em que tal procedimento só será possível até certo ponto, além do que as dúvidas são inelimináveis e o juízo administrativo haverá de prevalecer, por ser o administrador o encarregado de sopesar com exclusividade as circunstâncias

⁷⁷ Idem. p. 177.

⁷⁸ DI PIETRO. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 204.

do caso, ante a impossibilidade do juiz pretender que a intelecção dada pela autoridade administrativa desbordou dos limites do direito – ressalvada sempre a hipótese de identificação do desvio de poder”. E acrescenta que “de toda sorte, ao Judiciário caberá, quando menos, verificar se a intelecção administrativa se manteve ou não dentro dos limites do razoável perante o caso concreto e fulminá-la sempre que se vislumbre ter havido uma imprópria qualificação dos motivos á face da lei, uma abusiva dilatação do sentido da norma, uma desproporcional extensão do sentido extraível do conceito legal ante os fatos a que se quer aplicá-lo”. E termina lembrando a lição de Laubadère no sentido de que à autoridade jurisdicional se reconhece o direito “não apenas de perquirir se os motivos legais realmente existiram, mas, ainda, se eram suficientes para justificar a medida editada e se a gravidade dela era proporcionada à importância e às características (...dos fatos...) que a provocam.

Diante do caso concreto, as possibilidades de atuação da Administração Pública podem ficar reduzidas em relação às oferecidas pela lei. Por exemplo, o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, Lei nº. 10261/1968, prevê três tipos de infrações: a falta grave, o procedimento irregular e a incontinência pública e escandalosa, tendo liberdade a Administração de aplicar respectivamente às penas de suspensão, demissão e demissão a bem do serviço público. Tendo as infrações conceitos vagos, que não foram definidos pelo legislador será diante do caso concreto que a razoabilidade limitará a liberdade do administrador. As circunstâncias que envolvem a prática do ilícito, como o cargo, as conseqüências, as repercussões influenciarão na manifestação do administrador. O fato praticado por um juiz, um promotor, um delegado tem dimensões diferentes, se praticado por um jardineiro, um zelador, ou um servente, logo a punição deve ser diversa.

A discricionariedade encontrada na regra jurídica em certos casos poderá desaparecer, isso ocorre quando no caso concreto as circunstâncias de fato resultarem em uma única solução possível. Essas situações fazem com que a razoabilidade seja um dos principais limites à discricionariedade administrativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo apresentado, pode-se afirmar que a discricionariedade administrativa é uma ferramenta de fundamental importância para que o administrador público, no exercício de sua função, manifeste-se da melhor forma diante de cada caso concreto. A discricionariedade nasce diante da impossibilidade do regramento jurídico prever e atingir todos os aspectos que envolvem a atuação administrativa, diante desse fato a lei autoriza a Administração, frente ao caso concreto, de maneira oportuna e conveniente escolher uma dentre mais de uma alternativa, que melhor atenda o interesse público. Essa liberdade também estabelece um poder de iniciativa para a Administração Pública e evitando o automatismo.

Nas três funções do Estado a discricionariedade se faz presente, na esfera jurisdicional é encontrada de forma amena, por ocorrer apenas quando o judiciário não atua em sua função propriamente dita, é na esfera legislativa que a discricionariedade esta mais presente, sendo a legislação ato de produção primário seu único limite é a Constituição, na esfera administrativa a discricionariedade estará presente somente quando o legislador autorizar.

A discricionariedade existente em um ato não impõe que todos seus elementos apresentem a mesma característica, a competência, a finalidade e a forma serão elementos sempre vinculados, motivo e objeto podem se apresentar tanto de forma discricionária como vinculada, com a análise desses elementos é possível identificar se o ato é vinculado ou discricionário.

Os princípios gerais informam e iluminam a interpretação e aplicação da lei, limitam a discricionariedade administrativa e servem de mecanismo para suprirem a problemática que o legislador tem em disciplinar todas as possíveis situações da vida prática onde alcançam um número indiscriminado de situações, são importantes também na maneira em que difundem na sociedade os valores e as escolhas entendidas como relevantes num determinado tempo e espaço.

O princípio da razoabilidade surgiu no direito estrangeiro sob dois aspectos, o direito norte-americano liga esse princípio ao devido processo legal, limitando mais a função legislativa, no francês, espanhol e argentino está ligado a proporcionalidade entre os meios e os fins, limitando à função administrativa. No direito brasileiro as duas correntes foram aceitas ficando por parte dos administrativistas a identificação com a segunda corrente.

Apesar de não estar expresso na Constituição Federal o princípio da razoabilidade é um dos principais mecanismos de limite à discricionariedade. O administrador público deverá sempre agir, obedecendo a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, de forma adequada, compatível e proporcional ao fim buscado. A discricionariedade não respalda o administrador a agir a seu gosto, muito menos a praticar arbitrariedades, nada que esteja fora do razoável, do normal, do sensato é permitido.

A falta de proporção ou de correlação entre meios e fins, que caracteriza uma manifestação irrazoável, vem sendo de forma acertada anulada por nossos tribunais. Somente com a correta observância aos limites impostos pelo princípio da razoabilidade, manifestações arbitrárias por parte da Administração Pública serão controladas, garantindo que os direitos dos administrados não sejam violados.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

Biblioteca on line disponível em [http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia /listar Jurisprudencia](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia).

Biblioteca on line disponível em <http://www.stj.gov.br/SCON/juritfr/toc.jsp>.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 9ª edição, Brasília, UNB, 1997.

DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

JUNKES, Maria Bernadete / SANTOS, Maria Lindomar dos. **Trabalhos Acadêmicos: A facilidade em desenvolvê-los**. Rolim de Moura – RO: D'press Editora & Gráfica, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 8ª ed. São Paulo: Método, 2005.

LIMA, Teófilo Lourenço. **Manual básico para elaboração de monografia**. 1ª. ed. Canoas: Ed. Ulbra, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PAULO, Vicente & ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

PUHL, Adilson Jodemar. **Princípio da Proporcionalidade ou da Razoabilidade**. 1. ed. São Paulo: Pillares, 2005.

SANTOS, Fernanda Marinela de Souza. **Direito Administrativo**. 2 ed. Salvador: JusPovivm, 2006.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.